



FLORA FERREIRA DA SILVA

**FUNGIBILIDADE DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA NA AÇÃO
RESCISÓRIA**

BRASÍLIA

2010

FLORA FERREIRA DA SILVA

**FUNGIBILIDADE DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA NA AÇÃO
RESCISÓRIA**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Márcio Cruz Nunes de
Carvalho

BRASÍLIA

2010

SILVA, Flora Ferreira da

As medidas de urgência na ação rescisória/ Flora Ferreira da Silva. Brasília: UniCEUB, 2010.

58 fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Prof. Márcio Cruz Nunes de Carvalho

FLORA FERREIRA DA SILVA

AS MEDIDAS DE URGÊNCIA NA AÇÃO RESCISÓRIA

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Márcio Cruz Nunes de
Carvalho

Brasília, 18 de maio de 2010.

Banca Examinadora

Márcio Cruz Nunes de Carvalho.
Orientador

Examinador

Examinador

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é o de demonstrar a necessidade de adequação dos instrumentos processuais às novas exigências da sociedade. As mudanças ocorridas no Código de Processo Civil e o advento da Lei nº 8952/94 vieram possibilitar uma prestação jurisdicional cada vez mais célere e mais justa. A inclusão do princípio de fungibilidade das tutelas de urgência desde que presentes os pressupostos, possibilitou a concessão de tutela antecipada em lugar de medida cautelar requerida. Como as reformas processuais a partir de 1994 visaram uma prestação jurisdicional de resultados, os reflexos dos instrumentos criados revelaram dentro da Ação Rescisória como a possibilidade de suspensão da execução da sentença rescindida através da antecipação da tutela.

Palavras-chave: Ação rescisória; medidas de urgência; tutela cautelar; tutela antecipada; fungibilidade das tutelas de urgência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 AÇÃO RESCISÓRIA	8
1.1 Origem.....	9
1.2 Conceito.....	10
1.3 Ação rescisória e recursos	11
1.4 Requisitos e pressupostos	12
1.1.1 Sentença de mérito como pressuposto de admissibilidade.....	13
1.1.2 Coisa Julgada	14
1.1.3 Limites e objetivos da coisa julgada.....	15
1.5 Coisa julgada formal e material	16
1.6 Distinção entre a Coisa Julgada Formal e Coisa Julgada Material.....	18
2 PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE.....	20
2.1 Conceito de Fungibilidade.....	20
2.2 Fungibilidade como Princípio.....	20
2.3 O princípio da fungibilidade no âmbito recursal.....	21
2.4 O Princípio da fungibilidade aplicável no campo das ações possessórias	23
2.5 A fungibilidade entre o rito ordinário e os ritos especiais no processo comum	23
3 MEDIDAS DE URGÊNCIA	24
3.1 Evolução Histórica	24
3.2 Provisoriamente.....	27
3.3 Diferenças entre tutela cautelar e tutela antecipada	28
3.4 A Fungibilidade das Medidas de Urgência.....	35
4 MEDIDAS DE URGÊNCIA NA AÇÃO RESCISÓRIA.....	45
4.1 Cabimento.....	47
4.2 Suspensão do cumprimento da Execução pela antecipação de tutela.....	48
4.3 Adequação	48
4.4 Fungibilidade das medidas de urgência em sede de ação rescisória	48
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

O tema escolhido é a admissibilidade das medidas de urgência em sede de ação rescisória, para conferir efeito suspensivo à execução da sentença rescindenda.

Há situações excepcionais em que tornar indiscutível uma decisão judicial, por meio da coisa julgada, traduz-se em injustiça tão grave e irreparável, que foi necessário criar um meio de revisão da decisão atingida pela coisa julgada.

Para esses casos excepcionais, foram criados instrumentos para atingir a coisa julgada, entre os quais a ação rescisória tem relevância especial. Seu objeto é a desconstituição da coisa julgada.

Assim, no capítulo inicial, foi abordado o tema da ação rescisória, sua origem, pressupostos de admissibilidade e seus requisitos, sua natureza jurídica de ação autônoma impugnativa.

O capítulo seguinte trata da fungibilidade como princípio no sistema processual, seu conceito e, principalmente sua incidência sobre as medidas de urgência. A importância desta abordagem refere-se à necessidade de se permitir ao juiz, em havendo condições, substituir um provimento por outro, realmente aplicável ao caso.

No tocante ao princípio da fungibilidade foi salientada, em breve referência, sua aplicação ao campo das ações possessórias e também entre o rito ordinário e os ritos especiais.

Os tipos e tutelas de urgência estão agregados ao capítulo três. Como cediço, são medidas instituídas como o fito de assegurar aos jurisdicionados a proteção contra possíveis prejuízos avindos da demora na solução dos conflitos.

O desenvolvimento da sociedade suscitou novos conflitos que requerem tutela mais célere, não da forma como se fazia anteriormente, mas buscando conceitos e

instrumentos processuais capazes de assegurar de forma justa os direitos dos cidadãos. Desse modo, as recentes reformas processuais trouxeram no seu bojo a flexibilização em oposição ao formalismo exagerado então existente.

Como os mais relevantes instrumentos, no sistema processual, em termos de efetividade estão a tutela cautelar e a tutela antecipada. Foram cotejadas para estabelecer as diferenças entre os dois institutos, suas características e finalidades.

Assim, como solução para garantir a utilidade e a eficácia do julgado rescisório, buscou-se arrimo nas medidas cautelares previstas no art. 796 do CPC, como meio para requerer a suspensão da execução da sentença rescindenda.

Finalmente, ingressa-se no estudo da possibilidade da concessão da tutela antecipada como o fito de suspender a execução da sentença rescindida e de como a doutrina e a jurisprudência vem firmando o entendimento de que o meio processual adequado à suspensão da execução de sentença rescisória não é mais a medida cautelar, mas a tutela antecipada.

1 AÇÃO RESCISÓRIA

A segurança jurídica é um dos princípios basilares do direito processual. Uma garantia à participação social, objeto da tutela jurisdicional, segurança esta ancorada na estabilidade das decisões.

Conforme ensinamento de José Edvaldo Albuquerque:

A imutabilidade das decisões judiciais surgiu no mundo jurídico com um imperativo da própria sociedade para evitar o fenômeno da perpetuidade dos litígios, causa da intranquilidade social que afastaria o fim primário do direito que é a paz social.¹

No entanto, a lei ao mesmo tempo em que assegura a estabilidade das decisões judiciais, prevê, em determinados casos, a possibilidade de atacar a coisa julgada. É o remédio adequado para subsunção ao Poder Judiciário do exame de uma decisão definitiva de jurisdição contenciosa prolatada em desacordo com a lei, em que esteja eivada de vícios.

Era necessário um remédio jurídico processual em que se examinassem as injustiças em sentenças transitadas em julgado. Segundo Pontes de Miranda:

O princípio do duplo grau de jurisdição, ou, mesmo, o princípio do plurigrau de jurisdição atendeu às preocupações dos legisladores temerosos de injustiça do juiz, ou do juiz e do tribunal ou dos tribunais. Daí os agravos e as apelações. Mais: os embargos infringentes e os recursos ordinário, especial e extraordinário, além dos embargos. Mas a verdade é que o conhecimento de injustiças, a despeito da existência de graus superiores, tinha de ser a concepção de remédio jurídico processual em que se examinaram as injustiças e dos acórdãos trânsitos em julgado. A ação Rescisória foi o caminho certo.²

Assim, a coisa julgada não foi absolutamente eficaz no sentido de garantir a certeza jurídica e a ação rescisória foi a solução acolhida pelo legislador para a aplicação da efetiva justiça. Neste sentido, é Pontes de Miranda quem classifica ação rescisória como: “Constitutiva negativa, como a ação de revisão criminal: tende à eliminação da sentença que

¹ ALBUQUERQUE, Edvaldo José. **Ação rescisória nos tribunais**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2008, p. 19.

² MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória**. Campinas: Bookseller, 1998, p. 95.

passou em julgado; é ação para destruir, cindindo a coisa julgada formal das sentenças proferidas”.³

Nos termos de Barbosa Moreira⁴, dentro de maior simplicidade e concisão: “Chama-se rescisória a ação por meio da qual se pede desconstituição de sentença transitada em julgado, com eventual rejugamento, a seguir da matéria nela julgada”.

Pode-se depreender, portanto, que a Ação rescisória, consiste na possibilidade de desconstituição de uma sentença injusta ou eivada de vícios, desta maneira, afigura como um instrumento jurídico, de suma importância, impossível de ser ignorada ou contornada.

1.1 Origem

As origens da ação rescisória têm fundamento no Direito Romano que é a “revogação da sentença”. No direito romano, cabia nulidade da sentença unicamente no caso de *errores in procedendo*, eis que erros judiciais não constituíam objeto de impugnação. Vale dizer que, contra as sentenças nulas tinha-se a “*querela nullitatis*”.

No direito germânico, que recebeu grande influência do direito romano, surgiu o princípio da força formal da sentença, passível de todas as impugnações cabíveis antes de ser expedida, pois uma vez prolatada era irrecorrível. Já no direito romano o saneamento dos vícios e defeitos era vedado.

A maioria doutrinaria inclina-se no sentido de que a ação rescisória foi inspirada na *querela nullitatis* romana, que veio ao direito português com a denominação de ação de nulidade e rescisão da sentença.

De acordo com Pontes de Miranda⁵, que até o início do século XIII era possível a reabertura de causas, impedindo que se formassem demandas sobre demandas exceto em casos de erro, desde que autorizado pelo rei. Um século depois, a lei Don Dinis permitia que o interessado pedisse diretamente a revogação da sentença sob o consentimento

³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória**. Campinas: Bookseller, 1998, p. 152.

⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 98.

⁵ MIRANDA, Pontes de. op.cit., p. 116/117.

do rei, a não ser que a sentença fosse inexistente. As ordenações Afonsinas que vieram depois, com base no direito romano, explicitam: “[...] começaram por se referir á distinção romana entre sentença inexistente, atingida de nulidade e não atingida; usando das expressões: ‘nenhuma e a alguma’”.⁶

Segundo, ainda, o mestre citado, nas ordenações Manuelinas que vigoram até 1603, as modificações em matéria de rescisória foram de pequena monta e acrescenta: “O texto filipino que por tanto tempo foi direito no Brasil, manteve, com simples retoque, sem grande relevo, os dizeres das ordenações anteriores”.⁷

No nosso ordenamento jurídico, a ação rescisória foi implementada pelo regulamento 737, de 25 de novembro de 1850. Em 1890, o governo provisório, através do Decreto nº 763, passou a aplicar o Regulamento 736, às causas cíveis. Já no Código de Processo Civil de 1939, a ação rescisória foi disciplinada pelos artigos 789 a 801.

No Código de Processo Civil de 1973, a ação rescisória rege-se pelos artigos 485 a 495.

1.2 Conceito

Dá-se que, a maioria dos autores, define a ação rescisória como uma ação autônoma impugnativa, que possui como finalidade desconstituir uma sentença ou acórdão de mérito, já com o transito em julgado e que tenha ocorrido a decadência do prazo bienal insculpindo no artigo 498 CPC.⁸

Já na lição de Barbosa Moreira⁹, “Chama-se rescisória a ação por meio da qual se pede a desconstituição de sentença transitada em julgado, com eventual rejugamento a seguir, na matéria nela julgada”.

⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de ação rescisória**, Campinas: Bookseller, 1998, p. 117. .

⁷ Ibidem, p.119

⁸ ALBUQUERQUE, Edvaldo José. **Ação rescisória nos tribunais**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2008, p. 27.

⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 98.

Segundo Humberto Teodoro Júnior¹⁰, ação rescisória é tecnicamente ação, que visa a rescindir, a romper, a cindir a sentença, como ato jurídico.

Para Maria Estela Vilella, trata-se de ação que objetiva alterar a coisa julgada; a rescisória é, pois, ação que visa a desconstituir um julgado, seja sentença ou acórdão.¹¹

A percepção da Ação rescisória, como instrumento que serve para correção de um erro capaz de invalidar uma sentença da qual não cabe mais recurso, se faz presente no dizer de Pontes de Miranda:

Não é a injustiça da sentença, mas a existência de algum daqueles pressupostos que permite, com eficácia final, invocar-se o remédio jurídico rescindente e ser procedente a ação. Não se trata de um meio jurídico que julgue a prestação jurisdicional apenas apresentada, como os recursos, e sim, o remédio jurídico para exame da prestação já entregue, em casos que mais interessam à ordem social que ao direito das partes.¹²

Observa-se, que a Ação rescisória se constitui em um universo onde, se tem uma certeza objetiva, bem como, imperiosa necessidade de promover uma prestação jurisdicional efetiva, como explicita o autor Luciano Braga Lemos, “é a ação rescisória, indubitavelmente, a respeitante atuação de órgão jurisdicional de segundo ou inferior grau, no sentido de, satisfeitos determinados requisitos, pronunciar a resilição de sentença de mérito”.¹³

A Ação rescisória, portanto, é especial, pois a sua existência pressupõe a existência da necessidade de correção e alteração da coisa julgada, cuja execução resultaria em grave prejuízo para a parte sucumbente, que não pode provar o seu direito no curso da ação.

1.3 Ação rescisória e recursos

A característica basilar da ação rescisória, bem como outras formas de impugnação, que diferencia de outros recursos é a instalação de uma nova relação processual.

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto 1999: 121. Falta referência!

¹¹ VILELLA 1999:125 Falta referência!

¹² MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória e de outras decisões**. 5. ed.Campinas: Bookseller, 1998, p. 90.

¹³ LEMOS, Luciano Braga. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 11.

Recursos respeitam uma continuação do processo com o novo procedimento, o recursal. As ações autônomas de impugnação requerem a formação de nova relação processual. Segundo José Carlos Barbosa Moreira: “[...] o principal traço distintivo entre os recursos e as ações autônomas de impugnação consiste em que através de recurso, se impugna a decisão no próprio processo em que foi proferida, ao passo que o exercício de ação autônoma de impugnação dá sempre lugar à instauração de outro processo”.¹⁴

É certo que os recursos visam a reformar decisões transitadas em julgado. Contudo nem todas as ações autônomas de impugnação objetivam reformar decisões transitadas em julgado. Há ações autônomas que não se encaixam nos moldes da ação rescisória, como por exemplo: mandado de segurança, *habeas corpus*, embargos de terceiro e outros. Apesar da existência de outra relação processual, esses institutos poderão modificar uma decisão ainda não transitada em julgado, contudo não são enquadrados como recurso. O traço distintivo, pois, entre recursos e ações autônomas de impugnação é a instauração de nova relação jurídica processual.

A interposição de um recurso pressupõe “a existência de uma decisão desfavorável, total ou parcialmente, a uma das partes ou que possa prejudicar terceiro”¹⁵. Já a ação rescisória possui como requisito a ocorrência de um dos vícios taxativos dispostos no artigo 485 do Código de Processo Civil.

A propositura de uma ação rescisória requer petição inicial com os requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil.

O prazo para a interposição de recursos em geral se dá a partir da data da publicação da sentença ou do acórdão. O prazo para ajuizamento da ação rescisória é contada do trânsito em julgado da decisão rescindenda e é de dois anos e decadencial.

A maioria da doutrina brasileira atual tem o mesmo posicionamento de que a ação rescisória não tem natureza jurídica de recurso e sim de ação de impugnação.

1.4 Requisitos e pressupostos

¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.99.

¹⁵ NERI, Nelson Junior. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, p. 189.

Os pressupostos de rescindibilidade são: sentença de mérito, e coisa julgada e qualquer situação configurada no artigo 485 CPC. Esses pressupostos são específicos e fundamentais para a admissibilidade, no tocante aos limites da sua atuação, mas há requisitos, também essenciais à propositura da rescisória, requisitos estes, que devem ocorrer concomitantemente com todos os demais elementos.

Em primeiro lugar, vale ressaltar, que só é possível a rescindibilidade ante uma decisão de mérito, ainda que presentes os demais pressupostos. Os mais importantes são: sentença de mérito e coisa julgada.

1.1.1 Sentença de mérito como pressuposto de admissibilidade

A sentença de mérito vem definida no artigo 269 do CPC. A sentença de mérito é aquela em que o juiz decide acerca de todos os pontos postos em litígio, julgando pela procedência ou improcedência do pedido. Após a publicação o juiz não mais poderá modificar o Mérito, ficando decisão sujeita ao prazo recursal. O autor Cândido Rangel Dinamarco assim conceitua mérito:

[...] *mérito*, *meritum*, provém do verbo latino *mereo*, que entre outros significados, tem o de pedir, por preço (é a mesma origem de meretriz e aqui também há idéia de preço, exigência). Daí se entende que *meritum causae* (ou na forma plural que entre os mais antigos era preferida, *merita causae*) é aquilo que alguém vem a juízo pedir, postular, exigir. O mérito, portanto, etimologicamente é a exigência que, através da demanda, uma pessoa apresenta ao juiz para seu exame. Conclui que: por tudo quanto foi dito anteriores, fica, portanto a certeza que é a pretensão que consubstancia o mérito, de modo que prover sobre este significa ditar uma providência relativa à situação tensa representada pela pretensão; eis o escopo social da jurisdição, cumprido mediante a eliminação das incertezas, representadas pelas pretensões.¹⁶

Contudo, como se pode depreender, a partir da raiz do conceito do termo latino, o tema do conceito de mérito, não haveria de o ser pacífico e unânime entre os processualistas. Um exemplo elucidativo é apresentado pelo jurista Sérgio Gilberto Porto:

[...] há um segmento que entende que o mérito identifica-se com a idéia de que se houver o exercício de pretensão à tutela jurídica processual haverá jurisdição e, por decorrência, julgamento com exame de mérito. Assim, o julgamento, por si só, sempre representaria exame de mérito,

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2001, p. 202/203.

independentemente de haver declaração sobre o direito material em concreto, pois presente da causa *in statu assertiones*.¹⁷

Outra orientação vincula a idéia de mérito a chamada questão de fundo, ou seja, ao exame do direito material posto em causa, ou, dito de outro modo, se houve decisão sobre o conflito de interesses, houve exame de mérito.

O mérito da demanda identifica-se com a alegação deduzida, ou seja, a causa de pedir; quando juiz enfrenta o direito material posto em causa e resolve, por extensão, o conflito.

1.1.2 Coisa Julgada

A coisa julgada consiste em instrumento instituído para assegurar a certeza e a estabilidade da situação jurídica gerada pela tutela jurisdicional, ou seja, algo do qual não cabe mais recurso algum; no entanto, a doutrina ainda não é unânime sobre um conceito de coisa julgada. É nas concepções de Chiovenda e nas de Liebman que se encontram a melhor compreensão do instituto da coisa julgada. No entendimento de Chiovenda: “[...] era na vontade do Estado onde efetivamente se encontrava o fundamento da coisa julgada, e que ele consistia na simples circunstância do atuar da lei no caso concreto, na medida em que isso representa o desejo do Estado”.¹⁸

Já o doutrinador Liebman¹⁹ demonstra com clareza que a autoridade da *res judicata* e a eficácia da sentença, “são fenômenos distintos ‘entendida’ não como um efeito da sentença, mas sim de modo de manifestar-se dos efeitos da própria sentença, algo a que a esses efeitos se junta para qualificá-la em sentido bem determinado”.

Percebe-se, portanto, que para Liebman²⁰, a “coisa julgada não é o efeito da sentença e sim uma qualidade que, a partir do trânsito em julgado, adere aos efeitos da sentença, tornando-os imutáveis”. Outros processualistas comungam com esse entendimento, entre estes, José Carlos Barbosa Moreira e Ovídio Batista da Silva, sendo por oportuno e ilustrativo transcrever o pensamento do último:

¹⁷ PORTO, Sérgio Gilberto. **Ação rescisória atípica**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009, p. 39.

¹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Princípios de derecho processual civil**. Madrid: Réus, 1977, p. 144. Tradução nossa.

¹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense 1945, p. 202.

²⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 6/40.

[...] a coisa julgada não é um efeito da sentença até porque os efeitos que uma sentença pode produzir _ de acordo com a classificação quinária de Pontes de Miranda _ São apenas cinco (declaratória, constitutivo, condenatório, mandamental e executivo)”. Segundo ele, trata-se de uma qualidade que se soma, não ao conteúdo e a todos os efeitos da sentença tornando-a imutável, mas apenas no efeito declaratório, tornando-o indiscutível.²¹

1.1.3 Limites e objetivos da coisa julgada

Das partes da sentença é somente o “decisório” que ficará sob o manto da coisa julgada. O nosso sistema processual civil adota o princípio da congruência, sendo que o juiz deve julgar e analisar nos estritos limites do pedido, e o que foi decidido sob pena de serem viciadas.

Via de regra, a coisa julgada atinge apenas as partes que entraram no processo com as oportunidades inerentes ao contraditório e outros atos. Mas a coisa julgada material ultrapassa o processo, vai além deste. Portanto no entender da doutrina podem ocorrer efeitos reflexos que poderão atuar além das partes atingindo terceiros. Vale notar que quando a coisa julgada atinge terceiros juridicamente interessados estes têm legitimidade para recorrer ou, no caso propor ação rescisória.

Os terceiros juridicamente interessados, com exceção do litisconsorte necessário, são aqueles que poderiam ter figurado como assistente litisconsorcial. Nesse caso só se pode conceder assistência, seja ela simples ou litisconsorcial se houver interesse jurídico protegido, pois, em se tratando de outra forma de interesse não caberá a assistência. Contudo, se quando alguém ingressa em juízo como assistente não pode discutir, segundo Teresa Arruda Alvim:

A justiça da decisão, tem-se que sua esfera jurídica está de alguma forma sendo atendida, e como o seu ingresso não é obrigatório, estes reflexos se farão sentir, tenha ele participado ou não da demanda, pois de alguma forma ele tem uma ligação com a lide (p. ex. sublocatário). Portanto, se o terceiro não participou da lide como assistente, e por isso não ficou sujeito à justiça da decisão, poderá insurgir-se contra a sentença de mérito já transitada em julgado, através da ação rescisória, desde que presente uma das hipóteses de cabimento, pois o requisito da legitimidade estará preenchido. Na hipótese

²¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 496-498.

de ainda não houver o trânsito em julgado da decisão, pode o terceiro ingressar com o recurso cabível (CPC, art. 499).²²

Não há qualquer problema entre recurso de terceiro prejudicado e propositura de ação rescisória por terceiro juridicamente interessado, eis que são figuras similares, com possibilidade de ser aceito em sede de ação rescisória.

O Ministério Público tem legitimidade para propor ação rescisória:

- a) se não foi ouvido no processo, em que era obrigatória a intervenção;
- b) quando a sentença é o efeito de **.colusão...** das partes a fim de fraudar a lei. (CPC art.487).

Saliente-se que a competência do Ministério Público para propor ação rescisória fica adstrita aos casos em que for parte na ação que deu origem à sentença rescindida.

Nos processos em que a sua atuação se deu como *custos legis* não se lhe admite ao representante do Ministério Público o ingresso de ação rescisória.

1.5 Coisa julgada formal e material

No que tange à protelação e esgotamento dos meios recursais, José Frederico Marques²³, ressalta:

A doutrina é unânime quanto ao conceito de coisa julgada formal. É o fenômeno que torna a decisão judicial imodificável, no processo em que foi prolatada. Seja porque já foram esgotados todos os meios recursais, seja porque o julgamento foi proferido pelo órgão do mais alto grau de jurisdição ou porque transcorreu o prazo sem que o vencido recorresse ou porque ocorreu a desistência do recurso ou a ele renunciou.

A coisa julgada formal tem campo mais limitado que a coisa julgada material. Não há impedimento para que seja prolatada outra decisão com o mesmo objeto.

²² ALVIM, Teresa Arruda Wambier. **Assistência Repertório de jurisprudência e doutrina**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 277.

²³ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1974, V.3, p. 234.

É de se notar que eficácia não se confunde com autoridade eis que é a força da sentença transitada em julgado voltada para o resultado e a autoridade é o próprio poder de império do Estado. A eficácia e autoridade não representam a coisa julgada, mas decorrem da sentença, pois é ela que produz consequências e aquela apenas oferece segurança.

Representa a coisa julgada, objetivamente, a indiscutibilidade da nova situação jurídica, que não oferece mais a possibilidade de impugnação. Merece destaque, a distinção de Sérgio Gilberto Porto *in* Ação Rescisória Atípica:

[...] necessária a identificação de alguns fenômenos distintos: a) eficácia da sentença- representa a capacidade de efeitos, através de seus comandos; b) autoridade – é a capacidade do ato sentencial, face a sua estabilidade de tornar a nova situação jurídica oponível *erga omnes*, ou seja, o império do Estado na sociedade politicamente organizada; c) transito em julgado- é o momento em que a decisão torna-se indiscutível, face à preclusão e d) coisa julgada- a capacidade que autorga à decisão jurisdicional a indiscutibilidade da nova situação jurídica contemplada pela sentença.²⁴

A coisa julgada material vai um pouco além da coisa julgada formal porque ultrapassa os limites do processo no qual foi proferida. Nas palavras de Pontes de Miranda “[...] a força material liga-se à indiscutibilidade, como ponto final à frase. Nem se pode voltar a discutir no mesmo processo, nem em outro”.²⁵

Os demais requisitos pressupostos para admissibilidade da ação rescisória encontram-se elencados no artigo 485 do CPC, que é taxativo.

É de se considerar que as hipóteses previstas no artigo 485 do CPC sejam exaustivas como garantia da estabilidade da coisa julgada material.

Contudo havendo nulidade absoluta ou inexistência, entende o ministro Sálvio de Figueiredo que é admissível a interposição de ação rescisória para que o judiciário

²⁴ PORTO, Sérgio Gilberto. **Ação rescisória atípica instrumento de defesa da ordem jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 47.

²⁵ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**, t. v. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense, 1974, p. 81.

“[...] se pronuncie sobre o vício apreciável a qualquer momento e grau de jurisdição, e mesmo de ofício”.²⁶

No que tange ao requisito do não decurso do prazo de dois anos – artigo 495 CPC – deve-se ao fundamento político da coisa julgada. A segurança das relações jurídicas protegida pela Constituição Federal, para que a imutabilidade da coisa julgada não esteja exposta à rescisão, por muito tempo.

Além dos requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil, quando do ajuizamento da ação, deverá ser comprovado o depósito relativo a 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa. Isto serve para evitar abusos de rescisória. Não admitida a rescisória, ou julgada improcedente, o depósito será revertido em favor do promovido, ou ao contrário será restituída ao autor.

Apesar de não estar expresso no rol do artigo 3º da lei 1060 de 1950, o entendimento tem sido no sentido de que o depósito é inexigível dos beneficiários da assistência judiciária. Nesse sentido há jurisprudência favorável.

Estão isentos de realizar o depósito prévio a União, os Estados, os Municípios e o Ministério Público.

1.6 Distinção entre a Coisa Julgada Formal e Coisa Julgada Material

Há divergência entre os juristas. Tal discórdia encontra-se no alcance da imutabilidade, ou seja, é com base nesta (imutabilidade), que se estabelece principalmente, a distinção. Desta maneira, há a coisa julgada formal no âmbito do processo em que foi proferida, mas, este fato não impede que em outro processo seja prolatada outra decisão com o mesmo objeto, enquanto, na coisa julgada material ocorre a imutabilidade, que não pode se estender a outros processos.

Assim, o âmbito da coisa julgada formal limita-se a produzir efeitos apenas em relação ao processo do qual foi emanada. Ada Pellegrini Grinover, citada por Adriana

²⁶ TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo. **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, p. 112/113.

Diniz Vasconcelos, equipara a coisa julgada formal à preclusão²⁷. Contudo se tratam de institutos distintos, pois, a coisa julgada formal é fenômeno da imutabilidade dentro do processo.

Dá-se que a coisa julgada material constitui, por assim dizer, em um *plus* que se acrescenta à coisa julgada formal, impedindo que a mesma questão venha a ser discutida em futuros processos. Neste caso, coisa julgada material pressupõe a formal, como afirmou Pontes de Miranda: “qualquer sentença, com eficácia de coisa julgada material é necessariamente, sentença de eficácia de coisa julgada formal, porque a materialidade eficaz é *plus*”.²⁸

Conclui-se que, no que tange à distinção, que a coisa julgada material constitui-se na imutabilidade da sentença e é consectária da coisa julgada formal, que encerra a relação processual impedindo que se discutam as questões já decididas na mesma relação processual.

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GUERRA, Adriana Diniz Vasconcelos. **A tutela antecipada e sua admissibilidade em sede ação rescisória**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

²⁸ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense 1994, p-104.

2 PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

2.1 Conceito de Fungibilidade

Segundo R. Limongi França, é “a propriedade do que é substituível, i.e., que pode em - razão de sua natureza, de suas qualidades ou de suas funções - sofrer uma permutação, que elimina o objeto inicialmente existente”.²⁹

No direito civil, a lei define os bens fungíveis: “Os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade”. Novo Código Civil, artigo 85.

Esses bens considerados substituíveis, podem ser dados com o mesmo efeito jurídico desde que seja observado o critério de: espécie, qualidade e quantidade.

O processo civil foi buscar no direito privado a possibilidade de trocar formas no procedimento no qual não houvesse prejuízo à finalidade a elas destinada.

2.2 Fungibilidade como Princípio

O processo civil, como Relação Jurídica Processual atua por meio de atos processuais regulados do ponto de vista **formal**. Assim, para Pontes de Miranda, uma vez eleita uma forma de realização dos atos processuais prescrita em lei não haveria como executá-la de outro modo.³⁰

Contudo, a partir do Código de Processo Civil de 1973 a importância desse princípio foi bastante reduzida com a possibilidade de se infringir a forma, desde que preservada a finalidade do ato.(artigo 244 CPC)

O princípio da relevância das formas, flexibilizado pelo princípio da instrumentalidade, permite infrações formais, desde que atendam à finalidade pretendida.

²⁹ LIMONGI, França R. (coord.) **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, V. 39, p. 231.

³⁰ CARLOS DIAS, Jean. **Tutelas de urgência**: princípio sistemático da fungibilidade. Curitiba: Juruá, 2003. Citação indireta.

Assim, numa situação de conflito entre os princípios da relevância das formas e o princípio da instrumentalidade, surge um outro princípio, o da fungibilidade que concilia a necessidade de produção de tutelas jurídicas com a necessidade de atendimento das formas legais.

Atua, então, o princípio da fungibilidade com o objetivo de possibilitar, de maneira efetiva e rápida, a prestação jurisdicional.

Sem dúvida, o princípio da fungibilidade tem um caráter eminentemente operacional.

No direito brasileiro a fungibilidade é um dos princípios aplicados aos recursos.

Segundo a melhor doutrina, ante a presença de dúvida objetiva é possível aceitar e processar um recurso por outro.

O princípio da fungibilidade, via de regra, aproveita um ato que embora não esteja bem adequado, com a finalidade de atingir um fim colimado. Viabiliza uma decisão que não poderia ser produzida, provocando uma ação jurisdicional mesmo que não esteja instrumentalizada de forma adequada.

A fungibilidade permite em certas situações a minimização de regras processuais para garantir a efetividade e a eficácia do processo. A sua aplicabilidade está vinculada à presença de situações em que haja deficiência do próprio sistema processual.

2.3 O princípio da fungibilidade no âmbito recursal

O Código de Processo Civil de 1939, no seu artigo 810 era permissivo de substituição de recurso conforme dispunha: “artigo 810 salvo hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte na será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos serem enviados à Câmara ou Turma, a que competir o julgamento”.

Para que se reconheça a aplicação, no recurso, do princípio da fungibilidade são necessários dois requisitos: a ocorrência de dúvida objetiva e ausência de erro grosseiro.

É nesse sentido o entendimento de Marinoni: “A legitimação do princípio da fungibilidade reside, precisamente, no aproveitamento do ato processual praticado, ainda que equivocadamente e fora dos critérios legais, em situações em que seria excessivo do sujeito o acerto na sua forma específica”.³¹

Os processualistas como Cheim Jorge, Nelson Neri Junior, Marinoni. São de opinião de que dois requisitos fundamentais para a aplicação da fungibilidade são: a dúvida objetiva e a inexistência de erro grosseiro. A dúvida objetiva traduz-se pela incerteza acerca do recurso cabível. Diante dessa circunstância é aplicável a fungibilidade como substitutivo da instrumentalidade para garantir a prestação jurisdicional.

A legislação processual estabelece quais as espécies recursais a serem utilizadas para cada tipo de tutela requerida pelas partes. Assim supõe-se que todas as tutelas correspondem a um meio processual adequado conforme a pretensão de quem as pede.

Entretanto, essa correspondência não é perfeita, sendo que dependendo da situação, não há certeza do meio processual adequado à pretensão a ser requerida.

A dúvida subjetiva não autoriza a incidência do princípio da fungibilidade, porque pode ser atribuída ao raciocínio da própria parte ou de seu advogado.

Somente se configura a dúvida objetiva, quando o meio processual aplicável à espécie estiver sendo debatido na doutrina ou na sua jurisprudência.

Na jurisprudência dos Tribunais Superiores está sedimentado o entendimento de que o princípio da fungibilidade fundamentado na dúvida objetiva assenta-se na divergência doutrinária e jurisprudencial e quando verificar-se equívoco quanto à espécie do ato processual praticado.

Quanto ao erro grosseiro, também a doutrina inclina-se para a definição de que se trata de interposição de um recurso diverso daquele expressamente disposto em lei. Há, pois erro grosseiro, quando há disposição legal que é espécie instrumental adequada à finalidade pretendida pela parte.

³¹ MARINONI, José Guilherme *apud* Jean Carlos Dias in: **Tutelas de urgência – princípio sistemático da fungibilidade**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 66.

2.4 O Princípio da fungibilidade aplicável no campo das ações possessórias

As ações possessórias são as que tradicionalmente dão azo aplicação do princípio da fungibilidade.

Nelson Neri Junior citado por Jean Carlos Dias³² distingue dois aspectos para o estado da aplicação da fungibilidade no campo das ações possessórias: O primeiro refere-se ao fato de que o princípio age “somente atingindo os interditos possessórios”. O segundo aspecto é que devem estar presentes os requisitos para a concessão. No caso das tutelas possessórias, há expressa autorização legal para conceder tutela diversa da pedida, (artigo 920 do CPC). É que nessa espécie de ações costumam ocorrer modificações fáticas, após sua propositura.

2.5 A fungibilidade entre o rito ordinário e os ritos especiais no processo comum

A flexibilização traduzida na fungibilidade permite, também, a utilização dos ordinários pelos ritos especiais.

Na lição de Cândido Dinamarco “o demandante tem sempre a faculdade de escolha entre uma tutela diferenciada e as vias ordinárias, quando aquela for admissível”.³³

Há perfeita condição da substituição do rito, Os Tribunais Superiores têm entendido, pacificamente a esse respeito. O STJ tem acolhido a fungibilidade de ritos, com a ressalva de que não resulte em prejuízo para a outra parte. Nesse sentido há vários arestos entre os quais, por ilustrativo: “A jurisprudência, inclusive do STJ, tem entendido que a conversão do procedimento sumaríssimo ao ordinário, quando possível, qualquer prejuízo para a parte adversa, não contrária as disposições pertinentes da lei processual civil”.³⁴

Concluí-se, pois, que a fungibilidade é como um princípio aberto que se aplica também, entre os ritos ordinários e especiais desde que não resulte prejuízos pelas partes.

³² NERY, Nelson Junior *Apud* DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de urgência princípio sistemático da fungibilidade**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 76

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2002, V-II, p. 40.

³⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP 62.318-9/SP DJ 06.11.1995.

3 MEDIDAS DE URGÊNCIA

3.1 Evolução Histórica

A dicotomia processo de conhecimento/processo de execução restou superada pela alteração dos artigos 273 e 461, do código de processo civil pela instituição da tutela antecipada que tem raiz no Direito Romano.

O nosso processo civil está fincado no modelo do direito privado romano caracterizado pela aludida dicotomia: cognição e execução.

Segundo José Carlos Moreira Alves, os chamados *interdicta* do direito romano clássico, que eram medidas provisórias cuja concessão se baseava no mero pressuposto de serem verdadeiras as alegações de quem as pedia, já sendo um meio de proteger o provável titular do direito lesado, em breve tempo e sem as complicações do procedimento regular.³⁵

O primeiro período do processo civil romano foi o da *ordo iudicorum privatorum* (ordem dos processos civis) onde as questões da justiça eram privadas. O *iudex* era um árbitro privado nomeado pelo pretor. Dirigia o processo de conhecimento e dava a sentença. Ora, o *iudex* simplesmente declarava o direito. Quem tinha o poder de executar era o *praetor*. Portanto era necessário iniciar um novo processo de execução. Assim, o processo voltava ao início para averiguar a regularidade, se não ocorrera pela nulidade, ou extinção da obrigação pelo pagamento, para, afinal chegar à submissão da própria pessoa do devedor ao credor que recebia o patrimônio daquele como um acessório da “coisa” adjudicada.

Depois veio o período do processo formulário. Nessa fase o pretor criava fórmulas para a composição dos conflitos, conforme cada caso.

Esse procedimento se deu no período da expansão do império romano, ante a dificuldade em aplicar o *ius civile* aos não romanos. Mas o processo continuou a ser arbitral. O pretor criava as fórmulas e as remetia a um árbitro. Nesse período o processo continuou a ser privado.

³⁵ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 292/293.

Com o tempo, o processo passou a ser regulado pelo direito público, não mais submetido ao árbitro particular, mas sim ao julgamento pelo pretor.

No direito romano continuou existindo a separação do processo de conhecimento e o de execução, mas o pretor tinha o poder de tomar medidas executivas sem submeter as ações ao árbitro.

Segundo a doutrina é nos interditos que está a origem da antecipação da tutela. Eis como preleciona Galeno Lacerda:

Numa ordem emanada diretamente do magistrado romano, a pedido de uma pessoa privada contra outra, na qual se impunha, a esta, um certo comportamento. As relações jurídicas mais importantes, pertinentes aos direitos absolutos, eram amparadas pelos interditos, emanados diretamente do poder de *imperium* do magistrado, ao passo que aquelas meramente obrigacionais conduziam as partes desavindas à *actio*, com juízo privado, de conteúdo indenizatório. Ou segundo Gandolfi, enquanto a *actio* consistia no direito do *judicium*, com condenação pecuniária, o *interdictum*, era o direito do decreto, com execução específica a determinado comportamento jurídico.³⁶

O mestre citado ressalta semelhança e diferenças entre os interditos romanos e a tutela antecipada. Os dois institutos atendem diretamente o pedido do autor, no início do processo e em ambas há obrigatoriedade de verossimilhança e possibilidade de receio de dano irreparável.

A diferença é que no interdito romano, o decreto liminar concedia satisfação definitiva de mérito, ao passo que na antecipação de tutela não há satisfação definitiva, eis que o parágrafo 4º do artigo 273 do CPC admite a reforma ou modificação da decisão a qualquer tempo.

A antecipação de tutela surgiu expressamente no código de processo civil brasileiro através da lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994 que concedeu nova redação aos

³⁶ LACERDA, Galeno. **Tutela antecipatória e interdital** in: MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.). **Estudos de direito processual civil em memória de Luiz Machado Guimarães**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 183/188.

artigos 273 e 461. A partir dessa reforma “criou-se um poder geral de antecipação de tutela” como assevera Wellington Moreira Pimentel.³⁷

A legislação processual já permitia situações em que chamadas cautelares satisfativas assumiam formas de antecipação de tutela.

Alguns autores veem tutela antecipada em liminares concedidas em mandado de segurança e ação popular; ao passo que os outros consideram tais liminares como cautelares.

A doutrina aponta como instrumentos já existentes antes da reforma processual que permitiam a antecipação de tutela:

- a) as liminares em ações possessórias de força nova, isto é, cujo esbulho ou turbação ocorreu há menos de ano e dia;
- b) a liminar em ação de despejo, por um dos fundamentos previstos no artigo 59, § 1º, da lei nº 8245/91;
- c) as liminares dadas nos remédios constitucionais: *habeas corpus*, *habeas data*, ação popular, mandado de segurança, mandado de injunção;
- d) busca e apreensão de menor poder de terceiros, quando desnecessária a propositura ação principal (artigo, 839 do Código de Processo Civil)
- e) as medidas provisionais do artigo 888 do estatuto processual “[...] quando a providência for efeito da sentença a ser proferida ao processo de conhecimento ou efeito da execução *stricto sensu*, independentemente de outra dita principal”. Os autores reconhecem que tais provimentos especiais na têm natureza cautelar;
- f) as erroneamente chamadas “cautelares satisfativas”, que conferiam ao requerente o próprio bem da vida desejado, sem necessidade de ajuizar futura ação;
- g) a liminar na ação civil pública (artigo 12, da lei nº 7347/85);
- h) a medida liminar de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente (artigo 3º, caput, da lei 911/69). É o artigo 84 do Código de Defesa do

³⁷ PIMENTEL, Wellington Moreira. O processo cautelar e tutela antecipatória in **Boletim acadêmico**, Rio Janeiro, nº 3, jul. de 1997, p. 5-14.

Consumidor, que já previa a chamada tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, do qual a nova redação do artigo 461 é cópia *ipsis litteris*.³⁸

Os casos citados ilustram, portanto, que a antecipação de tutela evoluiu a partir das origens romanas, como uma necessidade de conferir à prestação jurisdicional a efetividade sem a qual, nas palavras de Rui Barbosa “A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

3.2 Provisoriedade

A provisoriedade é uma característica comum das medidas de urgência.

Dispõem os artigos 806 e o parágrafo 4º do artigo 273 do Código de Processo Civil: o primeiro (artigo 806) que a medida cautelar tem a eficácia provisória de trinta dias contados da efetivação da medida e, se ação principal for proposta neste prazo, também enquanto pendente a solução definitiva, podendo a qualquer tempo, ser modificada ou revogada; O segundo, diz que a tutela antecipada pode ser modificada a qualquer tempo.

Note-se que a modificação ou a revogação não poderão ocorrer sem a iniciativa das partes.

Parte da doutrina entende que em não se tratando de cognição plenamente exauriente, pode ser revogada por iniciativa do juiz, mormente se concedida sem observância de algum requisito legal. Marinoni entende que pode haver a revogação ou alteração de ofício, em face de novas circunstâncias fáticas.³⁹

A eficácia da tutela antecipada, como na tutela cautelar, depende da decisão a ser proferida. Se for de improcedência, satisfação já efetivada irá se incorporar à eficácia da declaração contida na sentença.

O § 5º do artigo 273 do Código de Processo civil prevê que concedida ou denegada a tutela, o processo prosseguirá até o final do julgamento. Essa disposição vem reforçar a provisoriedade da tutela antecipada, caso contrário não teria razão o prosseguimento do processo.

³⁸ GUERRA, Adriana Diniz Vasconcelos. **A tutela antecipada e sua admissibilidade em sede ação rescisória**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 28/29.

³⁹ MARINONI, José Guilherme *apud* DIAS, Jean Carlos **Tutelas de urgência – princípio sistemático da fungibilidade**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 92.

Não obstante a provisoriedade ser a regra das medidas cautelares, há casos que elas podem ser permanentes. São aqueles casos de cautelares sem efeito construtivo. Nessas não é necessário que o requerente observe o prazo de 30 dias para propor a ação principal.

Nesse sentido, entende Ovídio Batista da Silva:

As medidas antecedentes que haverão de perder a eficácia, na hipótese do artigo 806 do CPC, serão apenas aquelas que importem uma restrição ao direito do demandado ou uma constrição de bens que lhe pertençam, como se dará com o arresto, o sequestro a busca e apreensão cautelar, o arrolamento de bens e outras medidas análogas.⁴⁰

Esse mesmo autor adota a distinção feita por Calamandrei conceituando a provisoriedade e temporariedade. Calamandrei afirma que temporariedade é algo que não dura eternamente “sem que se pressuponha outro evento subsequente que o substitua”; provisório, apesar de não durar para sempre, irá durar até que “sobrevenha um evento sucessivo que torne desnecessário”.⁴¹

Assim, como demonstrado, os pontos em comum entre a medida cautelar e a tutela antecipada são a provisoriedade e o *periculum in mora*.

As diferenças são de caráter instrumental da medida cautelar e sua função de acessoriedade visto que não satisfativa, ao passo que a tutela antecipada é final, porque é um bem em si mesma; principal e satisfativa.

3.3 Diferenças entre tutela cautelar e tutela antecipada

Das tutelas de urgência, a medida cautelar possui características próprias definidas no estatuto processual e têm o caráter essencialmente não satisfativo. As cautelares satisfativas que proliferavam levaram os processualistas a buscar medidas que amparassem as situações de urgência, com eficácia impedido à parte que sofra grave lesão de seu direito.

⁴⁰ SILVA, Ovídio Baptista. **Curso de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, V. III, p. 158.

⁴¹ *Ild. P. 51 (verificar a nota correta)*

A tutela cautelar fundamenta-se em função de várias características específicas, sendo que as mais pontuadas são a provisoriedade ou temporariedade, instrumentalidade, acessoriedade, revogabilidade, sumariedade e autonomia.

Eduardo Melo de Mesquita⁴² reuniu, em síntese, a instrumentalidade, a plausibilidade do direito alegado, a provisoriedade, a acessoriedade e a revogabilidade, como aspectos relevantes das medidas cautelares. Nesse contexto, a tutela cautelar é instrumental, pois assegura o processo principal, ou seja, é uma medida de proteção à futura ação que será ajuizada e que corre o risco de ser prejudicada. Afirma Eduardo Melo de Mesquita⁴³ que a ação cautelar serve como “instrumento de instrumento” devido a sua natureza processual, ou seja, é um meio que assegura o ajuizamento de uma nova ação.

O termo “instrumento do instrumento”, como sendo uma das principais características da tutela cautelar foi abordado pela chamada corrente tradicionalista, liderada por Calamadre e Carnelutti. Alcides Munhoz da Cunha⁴⁴ não defende a posição dos referidos doutrinadores, pois limitam a tutela cautelar a um instrumento capaz apenas de resguardar o processo principal sendo dependente deste. Alcides Munhoz da Cunha⁴⁵, entre outros doutrinadores, apoia a chamada corrente substancialista que combate o argumento da tradicionalista no que tange à instrumentalidade da ação cautelar.

A corrente substancialista critica a posição ocupada pela ação cautelar de servir como proteção à ação principal, pois se fosse assim a ação cautelar teria cunho meramente processual. De acordo com Alcides Munhoz da Cunha⁴⁶ há discussão de direito material na ação cautelar tanto é que nela os requisitos do *fumus* e *periculum* são analisados como o próprio mérito da ação. Ao contrário, para a corrente tradicionalista a idéia de “instrumento do instrumento” pretendia “qualificar a medida da instrumentalidade apenas

⁴² MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 52, p. 199-208.

⁴³ Ibidem, p. 200.

⁴⁴ CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 11, p. 179.

⁴⁵ Ibidem, p. 179.

⁴⁶ Ibidem, p. 186.

mediata que o processo cautelar poderia exercer sobre os direitos materiais, os quais somente seriam efetivamente instrumentalizados no processo definitivo ou principal”.⁴⁷

Alcides Munhoz da Cunha⁴⁸ ao contrapor-se às ideias da corrente tradicionalista aponta os seguintes vícios: vício da relatividade do fim da tutela cautelar, vício da relatividade da acessoriedade e dependência da tutela cautelar e vício da relatividade do próprio processo cautelar.

Salienta-se que no entendimento tradicionalista o processo cautelar é um “instrumento do instrumento”, ou seja, tem o objetivo de assegurar o processo principal. Todavia, Alcides Munhoz da Cunha⁴⁹ menciona sobre a relatividade desse fim, pois nem sempre a tutela cautelar comporta uma decisão favorável no processo principal. O que ocorre é uma mera expectativa de que a tutela cautelar venha resguardar a futura ação principal. Então, conclui Alcides Munhoz da:

Nesse assim se desvanece a constatação quanto à existência do apontado vício de relatividade do fim do processo cautelar. E tanto é certo que a locução de CALAMANDREI, de que a medida cautelar exerce uma instrumentalidade hipotética em relação ao provimento definitivo, é a prova cabal da relatividade, pois existe apenas uma expectativa, mais ou menos aleatória, de que a função cautelar esteja hipoteticamente servindo de meio ou instrumento para assegurar o suposto equilíbrio de forças entre as partes na lide que informar ou deverá informar processo principal; existe apenas uma expectativa de que o processo cautelar atinja o fim anunciado de proteger a atividade jurisdicional, pois, sempre que for dissonante o provimento definitivo, a atividade terá servido concretamente para penalizar o interesse que afinal foi reputado prevalente no processo principal.⁵⁰

Quanto à relatividade da acessoriedade e dependência da tutela cautelar, Alcides Munhoz da Cunha⁵¹, em consonância com a corrente substancialista, reputa o desprezo pela autonomia absoluta da tutela cautelar. Para tanto, repudia a chamada “inter-relação de lides”, ou seja, a ação cautelar sempre estará subordinada à existência da ação principal. No entanto, Alcides Munhoz da Cunha⁵² é claro ao afirmar que “a função cautelar atua independentemente de litígio ou lide em torno de uma pretensão ideal, isto é,

⁴⁷ CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 11, p. 189.

⁴⁸ Ibidem, p. 188-210.

⁴⁹ Ibidem, p. 192.

⁵⁰ Ibidem, p. 192.

⁵¹ Ibidem, p. 197.

⁵² Ibidem, p. 197-198.

independentemente da existência de um processo principal”. Exemplo disso são as medidas cautelares de produção de prova que visivelmente excluem a necessidade de propositura de ação principal.

Por fim, Alcides Munhoz da Cunha⁵³ tece críticas às idéias dos tradicionalistas no que diz respeito a tutela cautelar ter cunho meramente processual. Além disso, para a corrente tradicionalista o processo cautelar seria um simples ato processual integrante do processo principal.

A propósito, o deferimento de pedido em ação cautelar deve pautar-se também no *fumus boni iuris*, ou seja, na plausibilidade do direito alegado. Não basta a urgência, é necessário que o direito alegado tenha algum fundamento. Aliás, de acordo com a corrente substancialista, o *fumus* é “interesse jurídico plausível”⁵⁴, ou seja, é acobertado pelo direito material e instrumentalizado diretamente pela tutela cautelar.

Alcides Munhoz da Cunha⁵⁵ salienta ainda que a situação a ser protegida na tutela cautelar nem sempre se relaciona diretamente com o *fumus*, porém depende dele para ser resguardada, ou seja, o *fumus* pode ser utilizado para “preservar a inteireza de outros interesses periclitantes”. Para Alcides Munhoz da Cunha⁵⁶ somente a tutela cautelar poderia resguardar esses casos sem causar prejuízos à lide, o que não ocorre com as tutelas de cognição sumária.

Importante salientar que no processo cautelar não há que se falar em coisa julgada material, visto que, de acordo com o artigo 807, do Código de Processo Civil, a medida cautelar pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo. Nesse sentido, é também característica das medidas cautelares, a revogabilidade.

Logo, a autonomia absoluta, a desnecessidade de propositura de ação principal em alguns casos, bem como o *fumus* ser interesse juridicamente plausível são fundamentos que aproximam as medidas de urgência, qual seja, a tutela cautelar ao que

⁵³ CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 11, p. 206.

⁵⁴ Ibidem, p. 212.

⁵⁵ Ibidem, p. 277.

⁵⁶ Ibidem, p. 278.

determina a Constituição federal, que tende a minimizar o tecnicismo em prol do acesso à justiça.

No tocante à antecipação de tutela Athos Gusmão Carneiro⁵⁷ aponta que, ao contrário da ação cautelar, a antecipação de tutela tem eficácia satisfativa e pretende antecipar a própria sentença de mérito, usufruindo desde logo do bem da vida pleiteado na inicial. Entretanto, depende da demonstração de prova inequívoca e da verossimilhança da alegação. Para Teori Albino Zavascki, o que ocorre não é a antecipação da sentença final e sim se antecipa os efeitos executivos que a futura sentença de procedência pode gerar, ou seja, mudanças no plano fático:

Conforme se fez ver anteriormente (Capítulo III, 4), antecipar efeitos da tutela significa satisfazer, no plano dos fatos, o pedido formulado na inicial. O que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, nem a constituição e tampouco a condenação porventura postulada como tutela definitiva. Antecipam-se, isto sim, os efeitos executivos da futura sentença de procedência, assim entendidos os efeitos que a futura sentença tem aptidão para produzir no plano da realidade. Em outras palavras: antecipa-se a eficácia social da sentença, não a eficácia jurídico-formal.⁵⁸

Ademais, o artigo 273, *caput*, do Código de Processo Civil, dispõe sobre a possibilidade de antecipação total ou parcial da tutela. Sobre o tema, Teori Albino Zavascki⁵⁹ aponta que o papel do juiz afigura-se relevante nesse ponto, posto que não deve antecipar tutela, além daquela suficiente a evitar o perigo. Sendo assim, afirma que “havendo cumulação de pedidos e estando apenas um deles sob risco de dano, não será legítima a antecipação da tutela em relação ao outro”.

Outro requisito essencial é a necessidade da prova inequívoca, ou seja, aquela capaz de convencer o juiz sobre a verossimilhança da alegação. Para Luiz Guilherme Marinoni⁶⁰, a necessidade de demonstrar prova inequívoca surge somente com a tutela antecipatória, ou seja, aquela que inicia a demanda, pois naquelas deferidas no curso do processo ou em fase recursal, o juiz pode analisar todo o conjunto probatório constante nos autos.

⁵⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 17.

⁵⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 87.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 208.

Ainda sobre a prova inequívoca, Teori Albino Zavascki⁶¹ a relaciona com o *fumus boni iuris*, posto que será necessária na tutela antecipada, assim como na ação cautelar, a plausibilidade do direito alegado. Atente-se pelo fato de que na tutela antecipada exige-se verossimilhança, e com isso uma maior certeza quanto à veracidade dos fatos. Afirma-se ainda que a intenção é demonstrar uma prova “robusta”, ou seja, capaz de convencer o juiz mesmo em sede de cognição sumária. Assim, basta um “juízo de probabilidade do juízo de verdade”.⁶²

Ademais, os incisos I e II do artigo 273 condicionam o juiz a verificação de dois pressupostos: fundado receio de dano irreparável ou abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Para Teori Albino Zavascki⁶³, o receio de dano deve ser iminente e concreto, ou seja, capaz de efetivamente gerar prejuízos a parte. É o que Alcides Munhoz da Cunha⁶⁴ chama de *periculum damnum irreparabile* (receio de ineficácia do provimento final).

Impende assinalar que o inciso I, do artigo 273, tem natureza cautelar, pois, no entendimento de Alcides Munhoz da Cunha⁶⁵, as hipóteses de *fumus boni iuris* e *periculum damnum irreparabile* estão previstas nesses dispositivos, mesmo com a necessidade de verossimilhança e prova inequívoca. Tais pressupostos não afastam o regime de cautelaridade. Com efeito, Alcides Munhoz da Cunha⁶⁶ aponta que isso ocorre a fim de se “evitar o desgaste da dualidade de procedimentos preconizada pelo Livro III, quando houver (pois nem sempre há) o fenômeno da inter-relação de lide cautelar com a lide cognitiva”.

Assim, conclui que o inciso em comento guarda relação com o poder geral de cautela previsto no artigo 789, do Código de Processo Civil, pois se há regime de cautelaridade o juiz pode decretar a medida mais favorável ao caso concreto. Ademais, esse dispositivo também possibilita a substituição entre conservação e antecipação, em face da “fungibilidade congênita das medidas cautelares, comprometidas com a medida adequada e

⁶¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 79.

⁶² Ibidem, p. 80.

⁶³ Ibidem, p. 80.

⁶⁴ CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 11, p. 51-52.

⁶⁵ Ibidem, p. 51.

⁶⁶ Ibidem, p. 52.

suficiente”⁶⁷. Já o inciso II, do artigo 273, do Código de Processo Civil, não tem natureza cautelar por inexistir *periculum damnum irreparabile*, ou seja, “deixa de ter caráter conservativo, passando, nitidamente, a possuir essência repressiva”.⁶⁸

Com efeito, Teori Albino Zavascki⁶⁹ diferencia os pressupostos do inciso II, pois abuso de direito de defesa seria quando o réu pratica atos protelatórios dentro do processo, ou seja, no âmbito das relações processuais. Em outro sentido deve ser interpretado o manifesto propósito protelatório do réu que se relaciona justamente com atos praticados fora do processo, mas com ele relacionados, como por exemplo, a ocultação de provas. Teori Albino Zavascki salienta a verdadeira necessidade da tutela antecipada quando presente, de fato, esses pressupostos:

Em qualquer hipótese, a antecipação de tutela só se justifica se necessária (princípio da necessidade), ou seja, se o comportamento do réu importar, efetivamente, o retardamento. O ato, mesmo abusivo, que não impede, nem retarda, os atos processuais subsequentes não legitima a medida antecipatória. Assim, a invocação, pelo réu, na contestação, de razões infundadas, por si só não justifica a antecipação de tutela. Se justificasse, com mais razão se deveria antecipá-la sempre que ocorresse revelia. Para tais hipóteses, o sistema já oferece solução do julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC).⁷⁰

Importante lembrar que a tutela antecipada não deve ser decretada se houver perigo de irreversibilidade da medida, conforme dispõe o parágrafo 2º, do artigo 273, do Código de Processo civil. De acordo com Athos Gusmão carneiro⁷¹, existe uma “irreversibilidade recíproca”, ou seja, a norma não se preocupou somente com a possibilidade de dano para o réu, mas também para o requerente, pois corriqueiramente pode ser que o autor tenha mais prejuízos, do que o réu, benefícios.

A propósito, Teori Albino Zavascki⁷² aponta a necessidade de caução nesses procedimentos de tutela antecipada, mesmo com disposição expressa acerca da impossibilidade da decretação da medida quando for impossível a reversão (parágrafo 2º). de

⁶⁷ CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001, v. 11, p. 52.

⁶⁸ CARVALHO, Marcio Cruz Nunes de. **Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 82.

⁶⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 81.

⁷⁰ Ibidem, p. 81.

⁷¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 71-78.

⁷² ZAVASCKI, Teori Albino. op.cit., p. 92.

acordo com Teori Albino Zavascki⁷³, essa medida justifica-se porque é comum no procedimento da tutela antecipada certo risco de irreversibilidade, principalmente quando a reversibilidade é “específica e *in natura*”.

Assim, Teori Albino Zavascki⁷⁴ defende a relativização desse dispositivo para que a análise do caso concreto se pautar a partir do princípio da proporcionalidade e da probabilidade de quem saíra vencedor. Frisa-se ainda a aplicação analógica do artigo 804, do Código de Processo Civil relativo à prestação de caução sob o argumento de que “é indispensável preservar as condições que propiciem retorno ao estado anterior, e a exigência de caução, quando necessária a tal finalidade, independe de autorização expressa de lei”.

Teori Albino Zavascki⁷⁵ entende que o parágrafo 6º, do artigo supracitado seria mais um dos objetivos do legislador em buscar a efetividade da tutela jurisdicional, pois dispõe que quando se tem em uma demanda, pedidos cumulados e um deles mostrar-se incontroverso poderá mesmo assim ser concedida a tutela antecipada. Nesse sentido, esse dispositivo tem grande aparato constitucional por buscar a celeridade e efetividade processual, pois se um pedido mostra-se incontroverso não há razão para que não seja apreciado em face de controvérsia existente em outro pedido.

3.4 A Fungibilidade das Medidas de Urgência

O artigo 805 do Código de Processo Civil preceitua a possibilidade de substituição de medidas cautelares atípicas por outras menos gravosas a critério do juiz ou requerimento de qualquer das partes.

Impõem-se ressaltar que o disposto no artigo 805 do CPC não assinala um tipo especial de fungibilidade de substituição, pelo juiz, em função do gravame gerado pela medida em relação a outras possibilidades.

Antes da inserção dos artigos 273 e 461 do CPC, o procedimento utilizado para pedido de provimento urgente, visando a impedir a inviabilização de um direito, era o procedimento cautelar.

⁷³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 92.

⁷⁴ Ibidem, p. 93.

⁷⁵ Ibidem, p. 107-108.

A tutela antecipada é requerida no próprio processo de conhecimento.

A introdução do artigo § 7º no artigo 273, através da lei 10.444, de 7 maio de 2002, trouxe inovação que é possibilidade de fungibilidade entre as tutelas de urgência.

Dispõe o parágrafo 7º do artigo 273: “se o autor a título de antecipação de tutela requerer providência de natureza cautelar poderá o juiz, quando presentes os respectivos nos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

A interpretação desse dispositivo é controvertida entre os juristas, considerando que o legislador não previu a hipótese contrária, ou seja: a propositura de uma ação cautelar em que o requerimento é de tutela antecipada.

O que fez o § 7º do artigo 273 foi conferir ao poder geral de cautela do juiz uma atuação mais abrangente ficando autorizado, desde que requerido pelas partes, e presentes os pressupostos, a prover à tutela que julgar mais adequada para salvaguardar a eficácia do processo em questão.

Ante uma petição de ação cautelar e entendendo ser caso de antecipação de tutela, deverá o juiz recebê-la como petição incidente do processo não determinando processamento em autos apartados, verificados os requisitos que autorizam a antecipação de tutela. Se não houver prova inequívoca dos fatos constitutivos do direito do autor deverá o magistrado permitir a emenda da inicial para sanar a falta do requisito.

Joaquim Felipe Spadoni entende que não cabe a fungibilidade quando a ação cautelar é antecedente, ajuizada antes mesmo do processo principal.

Segundo ele, alguns doutrinadores sustentam a possibilidade de se aplicar a fungibilidade mesmo no caso de ação cautelar antecedente ao processo principal.

Contudo, argumenta que

para que se possa antecipar os efeitos da tutela definitiva, satisfativa, esta mesma tutela já deve ter sido não só pleiteada, como também, e principalmente já deve ter sido delimitada pelo autor através de seu pedido inicial na ação principal. (grifos do original). Com efeito, como pode ser

antecipada a tutela sem que se conheça, ao menos, o que autor pretende de forma de definitiva? [...]

Ademais, analisando o caput do artigo 273, se vê que existe autorização para antecipar os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial. Se não existe ainda pedido inicial, falta ao magistrado as condições legalmente exigidas para a concessão da tutela satisfativa do direito do autor.⁷⁶

E prossegue o autor argumentando que somente é possível a fungibilidade de ação cautelar para antecipação de tutela, quando o pedido estiver instrumentalizado em ação cautelar incidental.

Já Alcides Munhoz da Cunha⁷⁷ assevera sobre a fungibilidade de pedidos antes mesmo da reforma processual que agregou ao artigo 273 do Código de Processo Civil. A partir do entendimento de que é causa de pedir que define qual a medida urgente será decretada tem-se que, por vezes, os fatos e fundamentos do pedido (causa de pedir) tomam conotações ora conservativas, ora satisfativas. Vale transcrever o que diz Alcides Munhoz da Cunha:

Para bem caracterizar esse gênero cautelar, parece conveniente frisar que em face da pretensão cautelar anunciada pelo autor, cabe ao juiz decretar as medidas temporárias adequadas, as quais, em vista da análise e ponderação das concretas razões que informam a causa de pedir, tanto poderão ser de natureza estritamente conservativa como antecipatória dos efeitos, ainda que parciais, da pretensão cautelar. Aliás, isso vem expresso no artigo 789 do CPC. Ocorre que a urgência que normalmente se inspira ou impulsiona a função cautelar, mais a característica da fungibilidade das medidas e da temporariedade dos seus efeitos, autoriza o convencimento de que não é tanto o pedido, *mas a causa e pedir que define e fixa no âmbito da cautelaridade o possível conteúdo e efeitos do provimento judicial adequado*, que tanto pode ser meramente conservativo como antecipatório dos interesses que são objeto da pretensão cautelar (*fumus*) para atingir o ideal da efetividade da jurisdição.⁷⁸

Ademais, Humberto Theodoro Júnior⁷⁹ tende para a relativização das diferenças, pois entende que as tutelas de urgência não devem se afastar em razão de terem objetos distintos, e sim complementar-se uma a outra, a fim de “encontrar uma completa

⁷⁶ SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. **Revista de Processo**. São Paulo: Abril/Junho, v.28, n. 110, 2003, p. 317.

⁷⁷ CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001, v. 11, p. 334-335.

⁷⁸ Ibidem, p. 337.

⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 415.

harmonia no plano amplo da tutela de prevenção”. Assim, nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior:

Recomendávamos que não seria aceitável, nessa ótica, indeferir tutela antecipada simplesmente porque a providência preventiva postulada se confundiria com medida cautelar, rigorosamente, não se incluiria, de forma direta, no âmbito do *mérito* da causa. Havendo evidente risco de dano grave e de difícil reparação, que possa, realmente, comprometer a efetividade da futura prestação jurisdicional, não cometerá pecado algum o decisório que admitir, na liminar do art. 273 do CPC, providências preventivas que, com maior rigor, deveriam ser tratadas como cautelares.⁸⁰

Em relação ao rigor na análise das características das tutelas de urgência, tem-se que no entendimento de Teori Albino Zavascki⁸¹ as tutelas antecipadas e a cautelar, apesar de ter o mesmo fundamento constitucional, possuem técnicas processuais diferenciadas, o que Alcides Munhoz da Cunha⁸² aponta como sendo uma diferença meramente formal, “não substancial”.

Em síntese, percebe-se que para Alcides Munhoz da Cunha⁸³ a fungibilidade torna-se possível quando o provimento de natureza antecipatória ou cautelar configura-se como o mais adequado para tutelar a situação cautelanda. Entretanto, frisa-se que apenas o inciso I, do artigo 273 do Código de Processo Civil apresenta natureza cautelar em razão do *fumus e periculum*.

Neste sentido, tem-se que o tema apresentado sobre a fungibilidade abrange algumas peculiaridades em relação as diferenças e semelhanças das tutelas de urgência, dos casos ou possibilidades de aplicação do § 7º, bem como as consequências praticas aos operadores do direito e às partes do processo.

A fungibilidade prevê que o juiz aceite como antecipação de tutela, uma medida cautelar no bojo do processo de conhecimento. A princípio, pode-se falar que há uma substituição de uma pela outra. Jean Carlos Dias⁸⁴ salienta que a fungibilidade é comumente

⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 415.

⁸¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 50.

⁸² CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001, v. 11, p. 348.

⁸³ Ibidem, p. 352.

⁸⁴ DIAS, Jean Carlos. Ainda a fungibilidade entre as tutelas de urgência: a atual posição doutrinária sobre o tema. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Março, n. 60, 2004, p. 60-79.

lembrada devido ao sistema recursal, em razão da possibilidade de interposição de recurso diferente do cabível, porém diante de dúvida objetiva e inexistência de erro grosseiro. A propósito, Luiz Guilherme Marinoni⁸⁵ afirma que assim como nos recursos, o requerente da medida de urgência tem que incorrer em erro, ou seja, deve estar presente “uma dúvida objetiva e razoável” para que a fungibilidade tenha cabimento.

Ao contrário, Paulo Afonso Brum Vaz⁸⁶ tem um entendimento amplificado, pois admite ser possível a substituição mesmo quando o requerente sabe que está postulando uma medida cautelar no bojo do processo de conhecimento. Argumenta no sentido de que a denominação da ação não é o ponto relevante da demanda, portanto o nome incorreto ou o mero equívoco não enseja a extinção do processo sem resolução de mérito. Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes⁸⁷ também adepto a esse entendimento assegura que não é necessário “disfarçar o requerimento sob a roupagem da antecipação de tutela”, pois é possível fazer o pedido mesmo com o nome de medida cautelar, e se presentes os requisitos legais, não há óbice para o indeferimento da medida de urgência.

Humberto Theodoro Júnior não vê nenhum empecilho à fungibilidade das tutelas de urgência. Primeiro, porque a tutela antecipada, para esse autor, possui maior número de requisitos do que as medidas cautelares, como, por exemplo, prova inequívoca e verossimilhança da alegação, enquanto àquelas se baseiam no *fumus boni iuris*:

Deve-se lembrar que o pedido de antecipação submete-se a requisitos mais rigorosos que os da medida cautelar, como o da prova inequívoca (equivalente a direito líquido e certo, assentado em prova pré-constituída). Se em vez de postular tutela antecipada a parte requer medida cautelar sujeitando-se aos rigores do art. 273, nada impede que juiz lhe defira a providência conservativa dentro do procedimento das medidas antecipatórias.⁸⁸

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 272-277.

⁸⁶ VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade (§ 7.º do art. 273 do CPC). **Revista de Processo**. São Paulo: Fevereiro, n. 144, 2007, p. 28-29.

⁸⁷ FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. **Comentários às alterações no código de processo civil**. Rio de Janeiro: Roma V., 2004, p. 60.

⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 415.

Em contrapartida, essa idéia é afastada por Alcides Munhoz da Cunha⁸⁹, pois prova inequívoca verossimilhança da alegação (requisitos do inciso I) integram o regime da cautelaridade, e não há razão para diferenciá-las ou colocá-las em patamar superior de certificação de certeza.

Outra característica importante, no entendimento de Jean Carlos Dias⁹⁰, é que a fungibilidade só ocorre nos casos de medida cautelar inominada, ou seja, aquelas fundadas no poder geral de cautela. Para o autor citado, “isso ocorre porque somente nestes os meios de combater o risco marginal são de tal modo variáveis que justificam o amplo espectro de atuação estatal”.⁹¹

Humberto Theodoro Júnior⁹² complementa afirmando que “as medidas preparatórias somente serão disponibilizadas dentro da ação cautelar”, já que nesse momento ainda não existe a ação, qual seja, a de conhecimento, o que inviabiliza o emprego da fungibilidade. Já André Gustavo Livonesi⁹³ entende que a fungibilidade pode estender-se às medidas cautelares típicas, pois não teria sentido, o juiz ao receber um pedido de medida cautelar típica determinar a instauração de um novo processo (cautelar), “sob pena de ficarmos presos a um formalismo exacerbado, com perda da efetividade e desrespeito à economia processual”.

A medida cautelar inominada é fundamentada no poder geral de cautela previsto legalmente do artigo 798 e 799, do Código de Processo Civil. Tais dispositivos possibilitam ao juiz decretar “medidas provisórias adequadas”⁹⁴, para resguardar as inúmeras situações que carecem de tutela urgente e que não são previstas legalmente. A propósito, para Luiz Guilherme Marinoni:

Tais normas abrem oportunidade à utilização do procedimento adequado ao “caso concreto cautelar”, ou melhor, à construção da ação cautelar adequada

⁸⁹ CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v.11, p. 51.

⁹⁰ DIAS, Jean Carlos. Ainda a fungibilidade entre as tutelas de urgência: a atual posição doutrinária sobre o tema. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Março, n. 60, 2004, p. 60-79.

⁹¹ Ibidem, p. 60-79.

⁹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forenses, 2006, p. 415.

⁹³ LIVONESI, André Gustavo. Fungibilidade das tutelas de urgência: a tutela cautelar e a tutela antecipada do art. 273 do CPC. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Julho, n. 28, 2005, p. 21-27.

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 97.

ao caso concreto. Evidencia-se, mediante estas normas, não apenas que o legislador não pode instituir tantos procedimentos quantas são as necessidades de segurança, mas, sobretudo, que essas necessidades variam conforme as particularidades concretas, e, assim, que não há alternativa a não ser deixar uma válvula de escape para a utilização da técnica processual adequada à situação concreta.⁹⁵

Alcides Munhoz da Cunha⁹⁶ aponta a relação entre a fungibilidade e o poder geral de cautela a partir da adequação, ou seja, o juiz até de ofício pode decretar a medida mais adequada ao caso concreto em busca da efetividade da jurisdição e com respaldo legal no artigo 789 e 273, inciso I, do Código de Processo Civil. Cunha traz o fundamento da fungibilidade nas seguintes palavras:

O inciso I do artigo 273 traz, portanto consigo grande virtude de admitir expressamente a fungibilidade de técnicas para se requerer e produzir medidas cautelares, sendo que o interesse processual, visualizado sob a ótica do autor e, também, sob a ótica oficial irá determinar qual a técnica mais adequada, cuja técnica, tratando-se de tutela de urgência, sempre poderá ser ajustada ao caso concreto até mesmo *ex officio*, sob pena de se negar jurisdição a situações de urgência e se comprometer o princípio constitucional do acesso à justiça e da efetividade da tutela jurisdicional.⁹⁷

Paulo Afonso Brum Vaz⁹⁸ opina no sentido de que “sempre que a medida possa ser examinada com base no poder geral de cautela do juiz, no bojo do processo de conhecimento, não há óbice em deferi-la”. Entretanto, ressalva que isso ocorre porque os pressupostos das medidas cautelares “constituem um *minus* em relação aos que autorizam a antecipação de tutela”.⁹⁹

Indaga-se que, de acordo com Humberto Theodoro Júnior¹⁰⁰, a fungibilidade teria espaço nos casos em que o pedido cautelar comportasse os requisitos previstos no artigo 273, do Código de Processo Civil. No entanto, informa ainda que um dos motivos para a possibilidade de uma medida cautelar ser deferida no bojo do processo de conhecimento é que as cautelares teriam menos requisitos do que as antecipações de tutela.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 97-98.

⁹⁶ CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v.11, p. 53.

⁹⁷ Ibidem, p. 53.

⁹⁸ VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade (§ 7.º do art. 273 do CPC). **Revista de Processo**. São Paulo: Fevereiro, n. 144, 2007, p. 28-29.

⁹⁹ Ibidem, p. 28-29.

¹⁰⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 416.

Na verdade, o que ocorre é que a fungibilidade se mostra presente em razão do regime de cautelaridade presente na antecipação de tutela, nos casos do citado inciso I, do artigo 273. Assim, não há óbice para a fungibilidade de técnicas. Então, seria paradoxal exigir do pedido cautelar algo mais do que aquilo que essencialmente o conficiona, ou seja, o *periculum damnum irreparabile* e o *fumus boni iuris* bastam para a aplicação da fungibilidade.

Após a previsão expressa sobre a fungibilidade das tutelas de urgência surgiram novas indagações sobre a seguinte hipótese: se poderia o juiz conceder tutela antecipada satisfativa no bojo de ação cautelar. É chamada fungibilidade de mão-dupla, de duplo sentido¹⁰¹ ou de duplo sentido vetorial.¹⁰²

Primeiro, cumpre destacar que a tutela antecipada possui como requisito um grau de certeza do direito alegado maior do que aquele necessário às medidas cautelares. Na visão de Luiz Fux¹⁰³ a hipótese de deferimento de antecipação de tutela no bojo da ação cautelar ensejaria em uma ofensa ao devido processo legal, pela inadequação da via eleita, pois rito da ação cautelar é mais breve que a ação de conhecimento. Assim, o referido autor não concorda com o deferimento de medidas antecipatórias no seio da ação cautelar ou a chamada fungibilidade de mão-dupla.

Nesta linha de pensamento, Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes¹⁰⁴ aponta que mesmo se ocorrer a hipótese de fungibilidade de mão-dupla, a ação principal deve ser intentada em trinta dias, como é exigido para as medidas cautelares preparatórias. Se o rito da ação cautelar é menor e se a tutela antecipada necessita de prova inequívoca, ou seja, de mais elementos probatórios para o convencimento do juiz não haveria razão para não se exigir o ajuizamento da ação principal, pois essa demanda necessita de cognição exauriente.

Nesses casos de tutela antecipada no bojo de ação cautelar, Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes¹⁰⁵ explana ainda que o juiz deve mandar emendar a inicial “de modo a ser adaptada ao rito adequado do processo de conhecimento”. Isso se dá porque “a tutela

¹⁰¹ VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade (§ 7.º do art. 273 do CPC). **Revista de Processo**. São Paulo: Fevereiro, n. 144, 2007, p. 28-29.

¹⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 92.

¹⁰³ FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 72-74.

¹⁰⁴ FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. **Comentários às alterações no código de processo civil**. Rio de Janeiro: Roma V., 2004, p. 64.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 60.

antecipatória necessita de um grau mais intenso de verossimilhança e de uma maior certeza sobre o direito do que o *fumus boni iuris*”¹⁰⁶. Posição esta também definida por Humberto Theodoro Júnior quando afirma que: “o que não se pode tolerar a manobra inversa, ou seja, transmutar medida antecipatória em medida cautelar, para alcançar a tutela preventiva, sem observar os rigores dos pressupostos específicos da antecipação de providência satisfativas do direito subjetivo em litígio”.¹⁰⁷

Esse é mais um dos motivos utilizados para repelir a fungibilidade de mão-dupla. Ainda nesse sentido, para Paulo Afonso Brum Vaz a aplicação da fungibilidade de mão-dupla deve ser ater aos seguintes pontos: verificação dos pressupostos da antecipação de tutela (artigo 273, CPC); ausência de prejuízos para a defesa e motivação. Assim, além da presença dos requisitos da antecipação de tutela como a prova inequívoca, o juiz deve fundamentar sua decisão, ou melhor, “a flexibilização procedimental precisa ser motivada”.¹⁰⁸

Com efeito, Jean Carlos Dias¹⁰⁹ argumenta também em desfavor da fungibilidade de mão-dupla. Um dos motivos seria a questão da satisfatividade, característica marcante na tutela antecipada, porém, em geral, ausente na ação cautelar. Assim, a ação cautelar não comportaria “a antecipação de efeitos da sentença (satisfatividade), sendo uma contradição lógica e técnica essa possibilidade”.

Em contrapartida, podem-se apontar outros fatores que levam a crer que a fungibilidade de mão-dupla tem legitimidade, mesmo sem previsão legal. Cândido Rangel Dinamarco¹¹⁰ para sustentar sua tese de possibilidade de duplo sentido vetorial aponta a questão do princípio da substanciação, em que “só a narrativa dos fatos delimita os fundamentos possíveis da sentença que virá, não os fundamentos jurídicos”¹¹¹. Isso deixa claro que o juiz deve ater-se ao pedido do autor e aos fatos narrados deixando de lado as qualificações ou denominações jurídicas. Aduz ainda Cândido Rangel Dinamarco:

¹⁰⁶ LIVONESI, André Gustavo. Fungibilidade das tutelas de urgência: a tutela cautelar e a tutela antecipada do art. 273 do CPC. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Julho, n. 28, 2005, p. 21-27.

¹⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 415.

¹⁰⁸ VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade (§ 7.º do art. 273 do CPC). **Revista de Processo**. São Paulo: Fevereiro, n. 144, 2007, p. 28-29.

¹⁰⁹ DIAS, Jean Carlos. Ainda a fungibilidade entre as tutelas de urgência: a atual posição doutrinária sobre o tema. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Março, n. 60, 2004, p. 60-79.

¹¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 93.

¹¹¹ Idem. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 361.

O novo texto não deve ser lido somente como portador da autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida antecipação de tutela. Também o contrário está autorizado, isto é: também quando feito um pedido a título de medida cautelar, juiz está autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que tanto se pode substituir um por outro, com outro por um.¹¹²

Cândido Rangel Dinamarco¹¹³ critica a redação do parágrafo 7º porque nos leva a entender a fungibilidade de mão-dupla como incabível. No entanto, “essa impressão é falsa, porque é inerente a toda fungibilidade a possibilidade de intercâmbio recíproco, em todos os sentidos imagináveis”.¹¹⁴

Para Alcides Munhoz da Cunha¹¹⁵ não haveria óbice para a fungibilidade de mão-dupla. Primeiro porque a antecipação de tutela, no caso que pretende evitar danos (inciso I, do artigo 273, do Código de Processo Civil), compõe o regime da cautelaridade. Segundo porque a tutela cautelar tem o compromisso de atuar conforme a necessidade levantada pelo *fumus* e decretar medidas adequadas e suficientes, mesmo que antecipatórias ou acautelatórias.

Ademais, em relação à fungibilidade de mão-dupla o entendimento de André Gustavo Livonesi¹¹⁶ é relevante ao demonstrar que é possível uma antecipação de tutela ser requerida em ação cautelar, sob o fundamento de que meras questões formais de procedimento não podem ser empecilhos para as partes se protegerem de danos. A limitação da tutela antecipada ao processo de conhecimento seria como restringir os direitos constitucionais de acesso a justiça e “à prestação efetiva, adequada e tempestiva da jurisdição constitucional”.¹¹⁷

¹¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 93.

¹¹³ Idem. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60-61.

¹¹⁴ Ibidem, p. 60-61.

¹¹⁵ CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v.11, p. 449.

¹¹⁶ LIVONESI, André Gustavo. Fungibilidade das tutelas de urgência: a tutela cautelar e a tutela antecipada do art. 273 do CPC. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Julho, n. 28, 2005, p. 21-27.

¹¹⁷ Ibidem, p. 21-27.

4 MEDIDAS DE URGÊNCIA NA AÇÃO RESCISÓRIA

No direito brasileiro as chamadas “cautelares satisfativas” eram o abrigo para os caso de urgência, mas que na verdade nas palavras de Ovídio Baptista da Silva, “[...] de cautelares tinham apenas o nome”.¹¹⁸

Contudo apesar de não serem, as cautelares concebidas para o fim satisfativo, evidentemente eram utilizadas com meio de obter uma providência urgente.

É dessas medidas cautelares que se valeram os operadores do direito para a produção de formas sumárias satisfativas. Mas foi diferente no campo das Ações Rescisórias.

Requeriam-se cautelares com o fim de suspender os efeitos do disposto no art. 489 do CPC. Tal dispositivo indica que a execução da sentença rescindenda é definitiva e não provisória.

Daí não se poder cogitar que a propositiva da ação rescisória suspenda a execução eis que rescisória é uma ação autônoma e não recurso.

Essa direção dividia o entendimento dos processualistas. Sérgio Fadel Sahione afirma que “sendo a coisa julgada emanção da autoridade estatal, ato decorrente da própria soberania do poder judiciário”¹¹⁹, a ação rescisória que tem precisamente o escopo de lhe desconstituir, se é exceção, seu tratamento deverá ser, por igual excepcional, não lhe sendo aplicáveis, pelo menos com força de suspensão ou eliminar a autoridade da coisa julgada, os princípios gerais que informam o processo de conhecimento.

Na mesma linha Humberto Theodoro Júnior¹²⁰ sustentava a não admissibilidade de suspensão da decisão atacada porque “feriria o princípio que impede o juiz

¹¹⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, V. III, p. 25.

¹¹⁹ FADEL, Sérgio Sahione. **Antecipação de tutela no processo civil**. São Paulo: Dialética 1998, p. 120/122.

¹²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, V. I, p. 558.

de decidir novamente as questões já decididas e ofenderia a garantia da intangibilidade da coisa julgada”.

Porém, abrandou seu posicionamento admitindo que: “Em caso de gravidade acentuada e de manifesta relevância da pretensão de rescindir a sentença contaminada por ilegalidade, a jurisprudência vem admitindo, com acerto, medida cautelar com o fito de suspender, liminarmente, a exequiabilidade do julgado rescindendo”.¹²¹

Ficando constatado que a execução da sentença rescindenda acarretará um dano irreparável ou de difícil reparação ao direito do autor, a sua suspensão é medida de lédima justiça.

É oportuno ilustrar essa premissa com a judiciosa opinião de Cândido Dinamarco no tocante aos objetivos do processo civil como “um processo de resultados”. No caso, a ação rescisória há de ser um processo de resultados, nos termos de Dinamarco “inexiste tutela jurisdicional enquanto o comando enunciado na sentença permanecer só na sentença e não se fizer sentir de modo eficaz na realidade prática da vida dos litigantes”.¹²²

O Código de Processo Civil no seu artigo 489 deixa expresso que a ação rescisória não suspende a execução da rescisão rescindenda. Pois, não fosse pelo dispositivo, a ação rescisória seria um meio de ação autônoma na qual o vencido procuraria retardar a satisfação do direito do vencedor. No entanto, a estrita obediência à norma legal pode tornar sem eficácia a decisão a ser proferida no julgamento da ação rescisória.

A doutrina se divide entre correntes em torno do art. 489 do CPC. A base da discórdia era o princípio constitucional da coisa julgada, art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, o qual, para os defensores dessa corrente seria violado com suspensão do processo rescindendo. São adeptos dessa posição os processualistas Sérgio Sahione, Humberto Theodoro Júnior e Márcia Dinamarco.

A segunda corrente tem como adeptos juristas tais como, Galeno Lacerda, Rogério Lauria Tucci e Calmon de Passos. Galeno Lacerda refuta os entendimentos da

¹²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 16. ed. São Paulo: Leud, 1995, p. 109.

¹²² DINAMARCO, Cândido Rangel; FIGUEIREDO, Teixeira Sálvio de (Coord.). **Reforma do código civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 14.

corrente adversária, ao argumento de que a ação rescisória também possui sede constitucional. Defende uma interpretação em sentido estrito para o artigo 489, de modo a não inibir a eficácia de ação cautelar, desde que presentes seus requisitos. Lembra ainda, que o Juiz poderá se valer do poder geral de cautela, contido no artigo 798 do Código Processual Civil.

Sustenta o eminente jurista que, antes do advento da Lei nº 8952/94, em estando presentes os requisitos do art. 798 do CPC, seria possível a propositura de ação cautelar genérica incidental à ação rescisória, com pedido de sustação da eficácia da decisão rescindenda: “[...] a sustação da execução se impõe como imperativo elementar de resguardo do Poder Judiciário e de preservação do resultado eficaz de um remédio da mais alta importância, previsto com esse objetivo pela própria Constituição, que é a ação rescisória”.¹²³

4.1 Cabimento

A lei e a jurisprudência evoluíram no sentido do cabimento de medida cautelar para suspender os efeitos da decisão rescindenda desde que presentes os pressupostos da cautelar. A Lei nº 9032, de 28 de abril de 1995 deu nova redação ao parágrafo único do artigo 71 da Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991, nos seguintes termos: “Será cabível concessão de liminar nas ações rescisórias e revisional, para suspender a execução do julgado rescindendo ou revisão em caso de fraude ou erro material comprovado”. Desta forma, também é a direção da Medida Provisória nº 1577-4, reeditada, que inseriu na Lei 8497 o artigo 4º que preceitua:

Art. 4º - A. Nas ações rescisórias propostas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como pelas autarquias e fundações instituídas pelo Poder Público, caracterizada a plausibilidade jurídica da pretensão poderá o Tribunal conceder medida cautelar para suspender os efeitos da sentença rescindenda.

Dá-se, portanto, que o espírito presente na evolução da jurisprudência, foi o de resguardar da má-fé, do erro e da fraude, quando comprovada, o poder judiciário.

¹²³ LACERDA, Galeno. **Ação rescisória e a suspensão cautelar da execução do julgado rescindendo**. REPRO 29/38 *apud* MARTINS, Cristiano Zanin **Tutelas de urgência**. Coord. Arruda Alvin e Eduardo Alvin. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

4.2 Suspensão do cumprimento da Execução pela antecipação de tutela

Com a reforma de 1994, introduziu-se a antecipação de tutela no art. 237 do Código de Processo Civil. A partir de então, a jurisprudência adotou o posicionamento no sentido de que a suspensão definitiva do julgado deve ser obtida pela via da antecipação de tutela, e não mais via medida cautelar, como ocorria, até então. O aresto do STJ vem demonstrar: “Processo Civil, Atribuição de efeito suspensivo à ação rescisória deve ser requerida, nos respectivos autos, como antecipação de tutela, e não mais por meio de ação cautelar”¹²⁴.

Infere-se, pois, que quando o magistrado defere uma liminar para suspensão da sentença rescindenda, está na verdade, antecipando um dos efeitos da tutela final.

4.3 Adequação

Sobre adequação, entende Teori Albino Zavaski, que:

[...] não há dúvida de que a suspensão da execução da sentença rescindenda tem natureza antecipatória. A ordem de sustação, determinada pelo Tribunal, é exemplo típico de medida com integral relação de pertinência em face da consequência jurídica resultante do direito afirmado pelo autor da rescisória.¹²⁵

José Guilherme Marioni fecha a questão lecionando:

Também é inegavelmente antecipatória a tutela que suspende a eficácia de um ato que se pretende ver anulado ou declarado nulo. Nesse caso impede-se, antecipadamente que o ato produza efeitos contrários ao autor.¹²⁶

4.4 Fungibilidade das medidas de urgência em sede de ação rescisória

É indubitoso que o instituto indicado a suspender a execução no âmbito da ação rescisória é a antecipação de tutela. Assim tem entendido os tribunais e a maioria dos processualistas. O STJ já decidiu que: “A partir da Lei 8.915, de 1994, a atribuição de efeito

¹²⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª turma. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília-DF, 16 de Outubro de 1997. Resp. Nº 81.5129.

¹²⁵ ZAVASKI, Teori Albino. **A antecipação da tutela**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 186.

¹²⁶ MARINONI, José Guilherme. **Antecipação de tutela**. 5. ed. Revista e ampliada, Rio de Janeiro: Malheiros, 1999, p. 109.

suspensivo à ação rescisória deve ser requerida nos respectivos autos, como antecipação de tutela, e não mais por meio de ação cautelar”.¹²⁷

No mesmo sentido, a MP 2180-35 de 24 de agosto de 2001, estabelece que:

Aplicação à ação rescisória o poder geral de cautela de que trata o art. 798 do Código de Processo Civil. Esse dispositivo de certo modo, mudou o entendimento, já sedimentado de que não se admitia mais o pedido de suspensão da execução de sentença rescindenda por meio de ação cautelar. Contudo, a Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002, inseriu o § 7º, ao art. 273, onde admite expressamente a fungibilidade entre os pedidos de antecipação de tutela e pedidos cautelares, *in verbis*: “art. 273 [...] § 7º: Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.¹²⁸

A grande relevância da rescisória não pode suportar o desaparecimento de sua razão de ser em decorrência de uma interpretação literal do art. 489 do CPC.

Assim, quando presentes os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil é perfeitamente cabível a antecipação de tutela para suspender a execução da decisão rescindenda até o julgamento da rescisória.

¹²⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª turma. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, DF, DJ 10 de Novembro de 1997. Resp. Nº 81.5129 - PI.

¹²⁸ Ibidem.

CONCLUSÃO

O instituto da coisa julgada tem um fundamento político que é o de assegurar a estabilidade, e segurança jurídica intrínsecas da decisão jurisdicional. É o momento em que a decisão se torna imutável no processo em que foi proferida e em processos futuros.

Entretanto em determinados casos ocorrem erros, e vícios que o Estado os considera ameaçadores da própria respeitabilidade do Poder Judiciário. Esses casos justificam a possibilidade de rescindir a sentença na ocorrência de um dos casos expressamente relacionados no Código de Processo Civil.

A ação rescisória não se identifica como recurso, eis que se trata de ação autônoma de impugnação, pois o seu ajuizamento requer a instalação de nova relação jurídica processual. Os requisitos cumulativos para a propositura de ação rescisória são: decisão de mérito; coisa julgada material; enquadramento em uma das hipóteses legais; depósito de 5% sobre o valor da causa e respeito ao prazo decadencial.

As partes, autor e réu no processo originário, têm legitimidade para propor ação rescisória. Tem, também, legitimidade os sucessores a título universal ou singular, os terceiros juridicamente interessados atingidos pela coisa julgada e os terceiros juridicamente interessados atingidos por efeitos reflexos da sentença. O Ministério Público tem a legitimidade assegurada, de acordo com o art. 487, inciso III do CPC.

A sentença rescisória não inibe a execução do julgado conforme prevê o artigo 489 do Código de Processo Civil, podendo trazer dano irreparável à parte que se beneficiaria da rescisão.

A premência de mudanças no sistema processual brasileiro, com vista à celeridade, e a efetividade da prestação jurisdicional, obrigou o desenvolvimento e à criação de instrumentos capazes de promover uma tutela jurisdicional efetiva e eficaz. A espera de

uma cognição exauriente, por vezes torna inócuo o direito outorgado ao cidadão pelo Poder Judiciário.

Foram inscritos dentro do ordenamento, procedimentos de urgência para oferecer às partes uma proteção real de seus direitos. Essas tutelas preventivas são baseadas em planos cognitivos reduzidos, por meio de pressupostos que serão analisados pelo juiz.

As tutelas de urgência têm a finalidade de eliminar o risco de periclitação do objeto do processo, seja por meio da conservação, seja por meio da entrega antecipada ao requerente.

A tutela cautelar e a antecipatória são espécies de tutelas de urgência, como meios processuais capazes de oferecer medidas com efeito protetivo e preventivo em face do risco da ineficácia a prestação jurisdicional. Essas tutelas têm características próprias e diferentes, mas é o elemento do risco de dano que as aproxima.

Através do Princípio da fungibilidade é autorizada a outorga da tutela jurisdicional adequada ao caso, ainda que o meio processual utilizado não seja adequado.

O Princípio da fungibilidade funciona como uma abertura do sistema processual para que, em situação de dúvida, o juiz possa oferecer a tutela jurisdicional adequada.

O direito processual permite a aplicação do princípio da fungibilidade em vários campos. Desta forma, aplica-se a fungibilidade no âmbito das tutelas possessórias, dos recursos cíveis, dos ritos processuais e agora entre as tutelas de urgência – cautelar e antecipatória –, através da inserção do § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil pela Lei 10.444/2002.

A aplicação das medidas de urgência na ação rescisória se dá com o objetivo de suspender a execução da ação rescindenda. O Código não vedava a utilização de cautelar para a obtenção da Sustação do cumprimento da sentença ou do acórdão rescindendo.

Com o advento da reforma processual de 1994, a doutrina e a jurisprudência passaram a esposar o entendimento de que a tutela antecipada é o meio adequado para atribuir efeito suspensivo à execução da ação rescisória.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Edvaldo José. **Ação rescisória nos tribunais**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

ALVIM, Teresa Arruda Wambier. **Assistência Repertório de jurisprudência e doutrina**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

CARLOS DIAS, Jean. **Tutelas de urgência: princípio sistemático da fungibilidade**. Curitiba: Juruá, 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARVALHO, Marcio Cruz Nunes de. **Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho processual civil*. Madrid: Réus, 1977.

CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 11.

DIAS, Jean Carlos. Ainda a fungibilidade entre as tutelas de urgência: a atual posição doutrinária sobre o tema. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Março, n. 60, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **A reforma da reforma**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2001.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2002, V-II.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel; FIGUEIREDO, Teixeira Sálvio de (Coord.). **Reforma do código civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FADEL, Sérgio Sahione. **Antecipação de tutela no processo civil**. São Paulo: Dialética 1998.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. **Comentários às alterações no código de processo civil**. Rio de Janeiro: Roma V., 2004.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GUERRA, Adriana Diniz Vasconcelos. **A tutela antecipada e sua admissibilidade em sede ação rescisória**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GUERRA, Adriana Diniz Vasconcelos. **A tutela antecipada e sua admissibilidade em sede ação rescisória**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Ild. P. 51 (verificar a nota correta)

LACERDA, Galeno. **Ação rescisória e a suspensão cautelar da execução do julgado rescindendo**. REPRO 29/38 *apud* MARTINS, Cristiano Zanin **Tutelas de urgência**. Coord. Arruda Alvin e Eduardo Alvin. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Tutela antecipatória e interdital** in: MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.). **Estudos de direito processual civil em memória de Luiz Machado Guimarães**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 183/188.

LEMOS, Luciano Braga. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense 1945.

LIMONGI, França R. (coord.) **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, V. 39.

LIVONESI, André Gustavo. Fungibilidade das tutelas de urgência: a tutela cautelar e a tutela antecipada do art. 273 do CPC. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Julho, n. 28, 2005.

MARINONI, José Guilherme *apud* DIAS, Jean Carlos **Tutelas de urgência – princípio sistemático da fungibilidade**. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. **Antecipação de tutela**. 5. ed. Revista e ampliada, Rio de Janeiro: Malheiros, 1999.

_____. **Antecipação da tutela**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Processo cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1974, V.3.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 52.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**, t. v. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense, 1974.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense 1994.

_____. **Tratado da ação rescisória e de outras decisões**. 5. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. **Tratado da ação rescisória**. Campinas: Bookseller, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NERI, Nelson Junior. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. São Paulo: Revista Dos Tribunais.

_____. *Apud* DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de urgência princípio sistemático da fungibilidade**. Curitiba: Juruá, 2003.

PIMENTEL, Wellington Moreira. O processo cautelar e tutela antecipatória *in* **Boletim acadêmico**, Rio Janeiro, n° 3, jul. de 1997.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Ação rescisória atípica instrumento de defesa da ordem jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. **Ação rescisória atípica**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. **Curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, V. III.

_____. **Curso de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, V. III

SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. **Revista de Processo**. São Paulo: Abril/Junho, v.28, n. 110, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª turma. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília-DF, 16 de Outubro de 1997. Resp. Nº 81.5129.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª turma. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, DF, DJ 10 de Novembro de 1997. Resp. Nº 81.5129 - PI.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP 62.318-9/SP DJ 06.11.1995.

TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo. **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva.

THEODORO JÚNIOR, Humberto 1999: 121. Falta referência!

_____. **Curso de direito processual civil**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, V. I.

_____. **Curso de direito processual civil**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Processo cautelar**. 16. ed. São Paulo: Leud, 1995.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade (§ 7.º do art. 273 do CPC). **Revista de Processo**. São Paulo: Fevereiro, n. 144, 2007.

VILELLA 1999:125 Falta referência!

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **A antecipação da tutela**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.